



Capítulo 10

Enfoque diferencial para Víctimas Indígenas

PARTICIPAZ
...la Ruta de los
Derechos!



UNIDAD PARA LA ATENCIÓN
Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Enfoque diferencial para Víctimas Indígenas

INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo del proceso de conquista y colonización europea, los pueblos indígenas de Colombia han sido atacados, desposeídos, suprimidos y sistemáticamente discriminados, con catastróficas y graves consecuencias. Prácticamente todo se ha hecho con la aprobación de la ley, una ley impuesta por los conquistadores.

Si bien el régimen colonial y la independiente República de Colombia han promovido en ocasiones cierto número de iniciativas legislativas para reconocer algunos derechos de los pueblos indígenas, la total garantía constitucional de sus derechos data de hace muy poco tiempo. La Constitución política de 1991 marcó el comienzo de una nueva era de protección legal de los derechos de los pueblos indígenas, por lo menos en cuanto a su reconocimiento oficial. Las disposiciones de la Constitución y la jurisprudencia constitucional han permitido a los pueblos indígenas de Colombia usar el derecho occidental a su favor, a la vez que mantienen su propio sistema de derecho, llamado Ley de Origen, Derecho Mayor o Derecho Propio. Ante todo, los pueblos indígenas acatan y actúan conforme a su Derecho Mayor, que incluye sus propias leyes, formas de gobierno y sistemas de justicia.

No obstante, el reconocimiento de los derechos especiales de los pueblos indígenas en la Constitución, en convenios internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia nacional e internacional, ha fortalecido los reclamos y demandas de los pueblos indígenas para la efectiva realización de sus derechos fundamentales. Esta normativa internacional y nacional reconoce los derechos y la autonomía de los pueblos indígenas en los países independientes y tribales, y plantea que cualquier decisión de los países que los afecte directamente debe ser consultada con esos pueblos, para preservar y defender los usos, costumbres, valores, cultura, y su cosmovisión, históricamente vulnerados de manera sistemática.

Para comprender la actual situación de los pueblos indígenas en Colombia y los medios de que disponen para la protección de sus territorios ancestrales, es necesario examinar el marco legal que establece sus derechos específicos como minorías étnicas y culturales.

Colombia cuenta con un importante récord de ratificaciones de instrumentos internacionales de normativas de derechos humanos, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Cuando se trata de pueblos indígenas, las cuestiones de territorios



y de recursos naturales no se limitan al tema de sus derechos de propiedad, sino que existe una amplia gama de derechos fundamentales que está inseparablemente vinculada al concepto de territorio, como expertamente se ha descrito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Entre ellos se cuentan el derecho a la vida y a la salud así como el derecho a la integridad étnica, social y cultural.

Entre la normativa internacional encontramos como las más representativas la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el marco jurídico nacional, a partir de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha generado jurisprudencia clave relacionada con la protección de los derechos de los pueblos indígenas en temas relacionados con: la comunidad como sujeto de derechos, la importancia del territorio y el derecho a la propiedad colectiva de la tierra, el derecho a la integridad cultural, social y económica; el derecho colectivo a la vida y a la libertad frente a la desaparición forzada, y el derecho a la consulta previa y a la participación.

En este último sentido, para los pueblos indígenas en Colombia existen instancias de participación como la Mesa Nacional de Concertación, la Circunscripción Especial Indígena -que les da dos curules en el Senado y una en la Cámara de Representantes-, asiento en la Mesa Nacional de Tierras y la Comisión Nacional de Territorios en el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. De igual forma, tienen participación en la Junta Directiva de la Unidad Especial para la Restitución de Tierras, el Centro de Memoria Histórica y la Comisión de Seguimiento del Decreto Ley 4633.

Son cinco las organizaciones nacionales las que tienen asiento en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, instancia de interlocución legítima que el Estado reconoce: Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Autoridades Indígenas de Colombia, 'Por la Pacha Mama' (AICO), Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC), Confederación Indígena Tayrona (CIT), Autoridades Tradicionales Indígenas de Colombia, Gobierno Mayor.

Sin embargo, el conflicto armado, ha originado que los pueblos indígenas se vean abocados a otras vulneraciones de sus derechos, y sean revictimizados, pues por un lado cargan la violencia histórica que desde la conquista han sufrido y, por el otro, la actual, producto de la persecución de diversos grupos al margen de la Ley. Por ello, en el 2013 fue expedida la Resolución 0388 que establece en el artículo 24 que las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas, a las comunidades afro y a la población Rrom, tendrán unos protocolos de participación con enfoque diferencial y de conformidad con los decretos Ley, que para el caso indígena es el 4633 de 2011.

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas consciente de su responsabilidad en adelantar un proceso de concertación de ese protocolo diferencial para los pueblos indígenas (102 en Colombia, instalados en 28 de los 32 departamentos), propuso al Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), y a las Organizaciones Indígenas, que a través de eventos académicos se pudiera adelantar



la recolección de las propuestas que las organizaciones tienen para la construcción del Protocolo de Participación Efectiva de las Víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades Indígenas según sus usos y costumbres.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el transcurso de los últimos cincuenta años, y en gran medida gracias al esfuerzo de sus propias organizaciones, los pueblos indígenas han ido apareciendo en la escena internacional. Con todo, no ha resultado fácil crear un instrumento universal de derecho internacional que pueda garantizar adecuadamente su autonomía, su integridad cultural y la protección de sus necesidades específicas. Evidentemente, muchos de los diferentes tratados de derechos humanos que existen amparan a los miembros de pueblos indígenas de igual manera que a otras gentes, pero, salvo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio OIT N° 169, no se elaboraron pensando en la situación de los pueblos indígenas. La mayoría de los tratados sobre derechos humanos reflejan un concepto individualista de los derechos y de los titulares de derechos y es que para muchos pueblos indígenas la identidad del individuo está inseparablemente vinculada a la comunidad a la que pertenece.

Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En su afán por tratar ésta y otras cuestiones de derechos relacionadas con los pueblos indígenas, en 1983, Naciones Unidas empezó a trabajar en la elaboración de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Finalmente, después de más de dos décadas de negociaciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó esta declaración el 13 de Septiembre de 2007.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas representa un gran avance en la lucha internacional por los derechos indígenas y señala una intención de no aceptar más las injusticias cometidas contra pueblos indígenas. La declaración no es jurídicamente vinculante de la manera en que lo son los convenios de derechos humanos, y por tanto, los Estados no están obligados a informar sobre su cumplimiento.

De la misma manera, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas será el punto de referencia obligado para la interpretación de los derechos de pueblos indígenas tanto en los derechos nacionales como en el derecho internacional. La declaración incluye tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Y entre ellos, algunos de los más destacados son:

El artículo 3 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Quizás este reconocimiento sea el mayor avance de la declaración. En virtud de este derecho los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y sus propias prioridades para su desarrollo, tienen el derecho a la autonomía y el autogobierno en asuntos internos.

El artículo 19 declara que los Estados tienen la obligación de consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado en todos los asuntos administrativos y legislativos que los puedan afectar.



El artículo 26 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

El artículo 29 especifica que los Estados tienen el deber de proteger el medio ambiente y la capacidad productiva de los territorios y recursos de los pueblos indígenas. Y -el artículo 30- prohíbe el desarrollo de actividades militares en estos territorios, a menos que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas afectados, “o que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente”. Esta última frase es preocupante, ya que pone el concepto de interés público en igualdad de jerarquía con el acuerdo con los pueblos indígenas. Es un ejemplo de los compromisos hechos en las negociaciones de la Declaración, ya que resalta la importancia de evitar actividades militares en territorios indígenas, al mismo tiempo que los Estados retienen su soberanía militar en todo el territorio nacional. El problema es que resulta demasiado fácil para un estado argumentar que existe una “amenaza para el interés público”, especialmente en un conflicto armado interno como el que existe en Colombia.

Finalmente, el artículo 32 reconoce el derecho de pueblos indígenas a determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo y utilización de sus territorios y recursos. Los Estados deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y recursos, particularmente en relación con la utilización o explotación de recursos naturales.

Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Hasta la adopción reciente de la Declaración de las Naciones Unidas, el único instrumento internacional de derechos humanos que trataba específicamente de pueblos indígenas fue el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado en 1989. Hasta la fecha, este tratado, legalmente vinculante, tan sólo ha sido ratificado por 20 Estados, 13 de los cuales son latinoamericanos. Colombia fue el segundo país que ratificó e incorporó el Convenio en su legislación interna mediante la Ley 21 de 1991.

El Convenio OIT N° 169 reconoce explícitamente que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas no disponen de sus derechos fundamentales en la misma medida que el resto de la población y establece una serie de derechos particulares de estos pueblos que los Gobiernos tienen la responsabilidad de cumplir. El Convenio protege la integridad económica, social y cultural de los pueblos indígenas (arts. 2, 4 y 5) y reclama el respeto a la autonomía de estos pueblos y a su derecho a ejercer el control sobre su propio proceso de desarrollo, incluido el derecho a ser consultados de manera adecuada acerca de todas las medidas legales y administrativas que puedan afectarles (arts. 6, 7 y 15). Asimismo, el Convenio reconoce la especial naturaleza de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, en particular los aspectos colectivos de esa relación (art. 13).

El artículo 14 reconoce a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y los Gobiernos tienen el deber de ga-

rantizar de manera efectiva este derecho mediante la delimitación y la titularidad de las tierras. Este derecho no se limita a las tierras que estén permanente y exclusivamente ocupadas por los pueblos indígenas, sino que incluye territorios a los que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Algo realmente importante para los pueblos nómadas cuya actividad económica, social y cultural depende del acceso a grandes superficies de tierra.

El artículo 15 establece que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, y que estos derechos comprenden el de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En aquellos casos en los que el Estado disponga de la propiedad legal de recursos del subsuelo, como ocurre en Colombia, los Gobiernos tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas con el fin de determinar si la prospección o explotación de dichos recursos podría perjudicarles y en qué medida.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución de 1991

En la Asamblea Constituyente que redactó la nueva Constitución en 1991 había tres representantes indígenas: Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas Hurtado y Alfonso Peña Chepe. Su participación permitió la inclusión de ciertas disposiciones que protegen los derechos de los pueblos indígenas y de otras minorías étnicas, empezando por el principio constitucional de que Colombia es un Estado multicultural y pluralista (art. 1). Todas las culturas son iguales en valores y dignidad (art. 70), y el Estado tiene la obligación de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7). Esto supone adoptar medidas especiales para proteger la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, así como el entorno natural del que depende (arts. 8 y 80). Las lenguas indígenas son reconocidas como lengua oficial en sus territorios y los pueblos indígenas tienen derecho a una educación bilingüe (art. 10) que respeta y desarrolla su identidad cultural (art. 68). Todas las personas nacen iguales ante la ley, pero el Estado adoptará medidas especiales para potenciar una efectiva igualdad y para proteger a los grupos discriminados y marginados (art. 13). El estatus especial de los pueblos indígenas es resumido así por la Corte Constitucional en su sentencia T-188 de 1993:

Las comunidades indígenas –conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º)–, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329).

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de las respectivas comunidades.

El artículo 286 reconoce los territorios indígenas, así como los departamentos, distritos y municipios, como entidades territoriales, una entidad político-administrativa que dispone de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI), las autoridades indígenas ejercerán funciones de gobierno autónomo como la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (art. 287).

La Constitución no dio instrucciones específicas para la creación de las ETI y el reparto de competencias entre éstas y el Gobierno central, pero declaró que estas cuestiones podrían resolverse mediante la elaboración de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. No obstante, el artículo 330 proporciona una exhaustiva lista de funciones autónomas que ejercerán las autoridades indígenas en los territorios de su propiedad, sin que tal autonomía se limite a los territorios oficialmente reconocidos como ETI. Una lista que es tanto más importante cuanto que después de 17 años de haberse redactado la Constitución sigue sin haber una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y por consiguiente no existen las ETI. Para ser más exactos, las autoridades indígenas ejercen sus funciones autónomas dentro de los resguardos de las comunidades indígenas. Estos resguardos la ley los define como:

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Los resguardos se crean mediante resolución de la Junta Directiva del INCODER. El reconocimiento por la Constitución de la propiedad colectiva de los territorios indígenas se ha revelado de especial importancia para la protección tanto de las tierras como de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas de Colombia. Con todo, el carácter muy general de los principios constitucionales no facilita instrucciones precisas sobre cómo han de cumplirse en la práctica. El propósito de la Asamblea Constituyente era elaborar una legislación que regulase el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, pero en algunos casos no fue así, como ocurrió con la Ley de Ordenamiento Territorial, lo cual provocó un gran número de conflictos entre las organizaciones indígenas y los distintos estamentos de las autoridades, de igual forma que la falta de claridad supuso interpretaciones distintas de importantes disposiciones.

La Corte Constitucional

El artículo 241 de la Constitución establece la Corte Constitucional y le encomienda “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. En aquellos casos en los que las disposiciones constitucionales no se entiendan con claridad o cuando surja un aparente conflicto entre los derechos garantizados por la Constitución, la Corte Constitucional está facultada para suministrar una interpretación autorizada que siente ju-



jurisprudencia. La mayoría de los casos en los que la Corte Constitucional ha tratado los derechos de los pueblos indígenas han sido revisiones de casos de tutela, pero también ha habido casos importantes en respuesta a acciones públicas de inconstitucionalidad. Las resoluciones de la Corte son inapelables y de cumplimiento obligatorio.

El artículo 93 de la Constitución declara que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso prevalecen en la jerarquía legal nacional. La Corte aclaró posteriormente que el bloque de constitucionalidad está compuesto por la Constitución Política, todos los tratados sobre derechos humanos y leyes humanitarias ratificados por Colombia así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la interpretación de dichos tratados (los órganos de tratados de Naciones Unidas, los comités de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Se aumenta así la posibilidad de una efectiva protección legal de los derechos humanos en Colombia y se impide la referencia a leyes internas como una excusa para el no cumplimiento de las leyes internacionales sobre derechos humanos. Si se tiene en cuenta la ya mencionada falta de legislación implementadora, resulta evidente que la labor de la Corte Constitucional se ha visto facilitada por la disposición del artículo 93 de la Constitución de interpretar los derechos y deberes en conformidad con los tratados internacionales. Prueba de ello es la frecuente referencia al Convenio OIT N° 169 en casos relacionados con los pueblos indígenas así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un importante reto para la Corte Constitucional ha sido interpretar la Constitución para que también tenga sentido en culturas radicalmente diferentes a la sociedad occidental, en la que se ha desarrollado su propia tradición legal. La garantía de la Constitución de reconocer y proteger la diversidad cultural de la nación (art. 7) obliga a la Corte a interpretar en cada caso el término legal de la Constitución de una manera acorde con el pertinente contexto cultural. Al reconocer ambas que ciertos casos relacionados con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no pueden ser arbitrados simplemente mediante la interpretación de textos legales y que el horizonte de interpretaciones legales de los jueces puede no ser el adecuado para garantizar la comprensión de muchas de las culturas involucradas, la Corte Constitucional ha buscado la ayuda de otras disciplinas para reafirmar su competencia multicultural.

Los esfuerzos de la Corte Constitucional han sido, sin duda alguna, muy importantes para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.

Gracias a su jurisprudencia progresista, los derechos establecidos en la Constitución no han quedado en una vaga expresión de buenas intenciones, sino que se han aplicado en casos concretos en los que se habían violado los derechos de los pueblos indígenas. Y cierto es también que la Corte ha logrado que los pueblos indígenas sean más conscientes de lo que los derechos constitucionales significan para ellos en la práctica y quizá haya generado la creencia de que cabe la posibilidad de remediar la injusticia y la marginalización a la que han sido condenados.

Jurisprudencia clave de la Corte

La comunidad como sujeto de derechos

La Constitución de 1991 reconoce derechos tanto individuales como colectivos. En el caso de los pueblos indígenas, la comunidad adquiere una importancia especial que no está adecuadamente reflejada en la dicotomía individual-colectiva.

En la relevante sentencia T-380/93, la Corte declaró que una comunidad indígena es por sí misma propietaria de derechos fundamentales. Las bases de esta afirmación se hallan en los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución, en los que se declara que Colombia es un Estado pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural así como la riqueza cultural de la nación colombiana. Con el fin de proteger apropiadamente esta diversidad, es necesario intentar comprender las muy distintas formas de vida y maneras de entender el mundo de los grupos étnicos minoritarios que existen en el país. En el caso de los pueblos indígenas, la Corte admite que la realización personal de los miembros de estas comunidades se logra en buena medida a través del propio grupo. Para algunos pueblos indígenas resulta incomprensible una existencia separada de su comunidad, la vida de una persona únicamente se entiende como parte integrante de un todo.

Como dice la Corte: El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

La existencia de la comunidad como un todo integrado va más allá de sus miembros individuales y depende de una variedad de factores tanto materiales como espirituales. La comunidad puede verse afectada por factores externos, como guerras o alteraciones en su hábitat natural o bien por dinámicas internas como luchas por el poder o disputas entre distintas facciones.

Desde este punto de vista, la comunidad considerada como un sólo sujeto tiene intereses vitales de los que depende su existencia y que pueden diferir de los intereses individuales de algunos de sus miembros.

Con el fin de proteger de manera adecuada esta forma colectiva de existencia, la comunidad, considerada como un todo, debe disponer del estatus de propietaria de derechos. Según la Corte, la garantía constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural no dejaría de ser pura retórica si las comunidades indígenas no dispusieran de una personalidad legal con la que defender sus derechos fundamentales.

La importancia del territorio y el derecho a la propiedad colectiva de la tierra

De todos los derechos que la Constitución garantiza a las comunidades indígenas, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra y de los territorios resulta esencial.

La Corte Constitucional ha tenido, en repetidas ocasiones, la oportunidad de explicar detalladamente el significado y el contenido de este derecho, que no sólo es importante



en sí mismo sino también como instrumento para proteger otros derechos fundamentales.

En la sentencia T-188/93, la Corte establecía que el derecho de propiedad colectiva de sus territorios reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas. Con ello se está haciendo una referencia explícita al Convenio OIT N° 169 que en su artículo 13.1 establece lo siguiente:

(...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

La Corte llegó a explicar que la especial importancia de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no sólo se debe al hecho de que en ellos se encuentre el material básico para su subsistencia, sino también a que para los pueblos indígenas sus territorios son elementos integrantes de su cosmovisión y de su religión.

Basándose en consideraciones como las anteriormente expuestas, la Corte declaró que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus territorios es un derecho fundamental que, junto con el principio constitucional de protección de la diversidad cultural y étnica, supone implícitamente el derecho a la constitución legal de resguardos en sus tierras. Este derecho incluye la propiedad colectiva de los recursos naturales renovables y no renovables existentes en sus territorios, excepto los recursos del subsuelo, que, de conformidad con la Constitución, pertenecen al Estado.

El derecho a la integridad cultural, social y económica

El artículo 330 de la Constitución declara que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

La Constitución no define tal integridad, pero la Corte Constitucional, en la sentencia SU-039, de 1997, declaró que la extracción de recursos naturales en territorios indígenas supone un conflicto de intereses entre el desarrollo económico del país y la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, que ella definió como: “los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia”.

La Corte ha dejado claro que este concepto está vinculado al deber del Estado de respetar y proteger la diversidad cultural, según establece el artículo 7 de la Constitución. Algunas referencias de la ley internacional de derechos humanos sirven también para entender el concepto. El Convenio OIT N° 169 declara que los Estados signatarios tienen el deber de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. Más aún, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente. Por último, deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Conjuntamente,



estos artículos facilitan una interpretación de la integridad cultural social y económica en relación con cuestiones de identidad y diversidad cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad distintiva, una identidad que es ejercida a través de su cosmovisión, costumbres, creencias religiosas, lenguas, organización socio-política, prácticas económicas, en una palabra: su forma de vida.

El derecho colectivo a la vida y a la libertad frente a una desaparición forzada

La Corte Constitucional estableció en el caso T-380/93 que entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas está el derecho a la subsistencia, directamente derivado del derecho a la vida, consagrado por el artículo 11 de la Constitución. Tras haber estipulado que la destrucción del entorno natural en el que los pueblos indígenas llevan a cabo sus prácticas económicas es una violación de su integridad cultural, social y económica al no permitir que se continúe ejerciendo la identidad del grupo, la Corte estableció lo siguiente:

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (Constitución Política art.12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.

Auto 004 de 2009

El auto 004 tiene como objetivo proteger los pueblos indígenas que hayan sufrido desplazamiento forzado debido al conflicto armado o que estén en riesgo de ser desplazados.

Las decisiones adoptadas en este auto tienen como fundamento la gravedad de la situación de los pueblos indígenas en cuanto al riesgo de exterminio de las comunidades sea culturalmente, por la dispersión de sus miembros a causa del desplazamiento, o físicamente debido a la muerte física de sus integrantes por la situación de violencia que se desata en el país.

A partir del Estado de Cosas Inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 se hace necesario abordar los temas de impacto del desplazamiento sobre los pueblos indígenas para hacer efectiva la política del gobierno que busca aplicar un enfoque diferencial que proteja la diversidad étnica y cultural.

La Corte ha agrupado en este auto los factores principales de riesgo en tres grandes categorías:

1. Las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta.



Esta categoría abarca la presencia de grupos armados en territorios indígenas, así como la militarización que trae como consecuencia el abandono de municiones en la zona y la instalación de minas antipersonal.

2. Los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales en el conflicto armado.

Esta categoría hace referencia a los señalamientos en contra de las comunidades, indicando que son colaboradores de algún grupo armado por la utilización de indígenas como informantes o por la presencia de integrantes de la fuerza pública o de los grupos armados en sus territorios; situación que desencadena en homicidios, amenazas y desapariciones forzadas que después son pasados como 'falsos positivos'.

También se hace referencia a esta categoría a que sistemáticamente se presentan asesinatos selectivos a líderes indígenas, amenazas, hostigamientos, persecuciones a individuos, familias y comunidades indígenas, control sobre la movilidad de personas, alimentos y bienes básicos en general o confinamiento de las comunidades lo que causa desabastecimiento de alimentos y problemas de salud; reclutamiento forzado de menores por parte de los actores del conflicto, prostitución forzada, violencia sexual como táctica de guerra. Además de ocupación de escuelas, viviendas y edificios comunitarios, utilización de las comunidades como escudos humanos por parte de los grupos armados ilegales en los combates.

3. Los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas.

En esta categoría encontramos tres factores de índole territorial y socioeconómica que afectan a las comunidades indígenas:

- El despojo territorial debido a los intereses económicos sobre la tierra y los recursos naturales de los territorios de las comunidades indígenas.
- El desarrollo de actividades económicas, tanto legales (Megaproyectos) como ilegales, en territorios indígenas; cultivos ilícitos y explotación de recursos naturales.
- Fumigación de cultivos ilícitos sin consulta previa de las comunidades, los cuales están afectando los cultivos propios de las comunidades indígenas.

Como consecuencia de los anteriores factores la manifestación social más común es el desplazamiento, teniendo en cuenta que además de los factores relacionados con el conflicto armado, estos procesos se dan en medio de condiciones tales como: pobreza, inseguridad alimentaria, condiciones de salud deterioradas, la invisibilidad, falta de censo sobre la desintegración étnica y debilitamiento cultural (aculturación).

¿Por qué el desplazamiento tiene una afectación diferencial y aguda sobre los pueblos indígenas?

La relación que tienen las comunidades indígenas con su territorio es ancestral y espiritual; del territorio depende la subsistencia e integridad de su cultura, pero los territorios indígenas sufren una especial vulnerabilidad en el marco del conflicto armado, debido a que los actores armados, colonos, mineros, narcotraficantes y demás, generan alar-



mantenidos índices de desplazamiento forzado; esto genera un grave riesgo de extinción cultural y/o física para los grupos étnicos.

Cualquiera que sea la modalidad de desplazamiento genera perjuicios irremediables para las comunidades debido a los choques interculturales que se presentan, además de que no solamente afecta derechos individuales sino que también se ven afectados los derechos colectivos fundamentales.

Esto es de vital importancia debido a la relación cosmogónica y espiritual que tienen los grupos étnicos con su territorio, por tanto, el desplazamiento forzado genera la ruptura de la pervivencia cultural y del tejido social de los pueblos indígenas. Por la situación especial de vulnerabilidad de las mujeres y los niños, temas que han sido desarrollados en los autos 092 y 251, respectivamente.

La Corte ordena que se diseñe e implemente un programa de garantía de los derechos de los pueblos indígenas afectados por el desplazamiento; y se formulen e implementen planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos indígenas.

El Alto Tribunal Constitucional estableció que tanto los planes de salvaguarda étnica, como el programa de garantías deben contemplar componentes de prevención para el desplazamiento forzado y atención a sus víctimas.

Además, la Corte habilitó niveles de participación para que los distintos sectores de la sociedad civil realicen seguimiento, por tanto, es importante la participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas así como la de los líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento.

De igual modo, un elemento fundamental que contempla la Corte Constitucional es que tanto el programa de garantías como los planes de salvaguarda sean consultados previamente con los pueblos indígenas respectivos en concordancia con lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT respecto al derecho de consulta previa.

El derecho a la consulta previa y a la participación

El derecho a participación está recogido en el artículo 40.2 de la Constitución. La Corte consideró que, en el caso de los pueblos indígenas, el derecho a participar, mediante el mecanismo de consulta previa, tiene rango de derecho fundamental debido a su importancia para la protección de su integridad cultural, social y económica.

Este derecho fundamental se ve reafirmado por el Convenio OIT N° 169, que presta una especial atención a la cuestión de la participación. La Corte citó los artículos 5, 6, 7.1 y 15 del Convenio OIT como fuentes obligatorias para la interpretación del derecho a la participación en la ley colombiana. El artículo 5 reclama la protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas y el respeto de su integridad. El artículo 7.1 aborda el espinoso tema de la autodeterminación al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo” y a “controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Los artículos 6 y 15 exigen que los Estados consulten a los pueblos indígenas y garanticen su participación



bien fundada cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, sobre todo en lo que respecta a la utilización, administración y conservación de recursos naturales en sus territorios.

El artículo 6 establece el principio general de que las consultas deberán efectuarse de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de lograr el libre consentimiento. Tomando como base estos artículos, la Corte reconocía que un procedimiento de consultas con una comunidad indígena implica una relación de comunicación y entendimiento entre la comunidad y las autoridades, caracterizada por el respeto mutuo y la buena fe y proponía una lista de tres elementos que se han de tener en cuenta para llevar a cabo un procedimiento de consultas válido:

1. Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución,
2. Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
3. Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

La importancia fundamental del derecho a la participación implica que dicho procedimiento de consultas sea serio y se lleve a cabo de buena fe; de esta forma, la comunidad indígena tiene la oportunidad de conocer las consecuencias y manifestar su aprobación o rechazo del proyecto. Ello supone que la información se realice en una lengua y de una manera que los miembros de la comunidad indígena puedan entender, algo de especial importancia si se tiene en cuenta el alto nivel de analfabetización de muchos pueblos indígenas que viven aislados. Asimismo, el tiempo mínimo ha de ser lo suficientemente amplio como para permitir que la información llegue a todos los miembros de la comunidad afectada, teniéndose en cuenta el modo de asentamiento de los pueblos indígenas, que a menudo habitan en regiones remotas de difícil acceso. En aquellos casos en los que no se alcance un acuerdo a pesar de un esfuerzo de buena fe que cumpla con los requerimientos establecidos por la lista de control, la Corte considera que corresponderá a la autoridad pública la responsabilidad final de tomar una decisión. Cada decisión deberá, sin embargo, ser objetiva, razonable y proporcional al fin constitucional de proteger la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas.



La Corte retomó el punto de desacuerdo final en el caso C-891 de 2002, en el que cita las directrices de la OIT para la aplicación del Convenio N° 169: “Como los demás segmentos de la población nacional de cualquier país, los pueblos indígenas y tribales no tienen derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país”.

El tema del veto es un constante punto de discusión y los representantes internacionales indígenas se han lamentado de que la falta de veto reducirá la consulta a una mera formalidad, permitiendo a los gobiernos actuar libremente en cualquier parte. No obstante, las directrices de la OIT explican que los Estados tienen el deber de garantizar una verdadera consulta a los pueblos indígenas, lo cual implica dar a las comunidades indígenas la auténtica posibilidad de influir con sus decisiones y procurar un entorno y unas condiciones apropiadas que permitan la importante participación de estos pueblos.

El Decreto-Ley 4633 de 2011

Para los pueblos y las comunidades indígenas y el Gobierno nacional, el Decreto 4633 de 2011, conocido como Decreto-Ley de víctimas y restitución de derechos territoriales para pueblos indígenas, es una herramienta jurídica a favor de estas comunidades tan importante como la Constitución Política de 1991.

¿Por qué? Primero, porque es el resultado de un proceso de consulta previa con los pueblos, las autoridades y las organizaciones indígenas que hacen parte de la Mesa Permanente de Concertación. A través de esta consulta, entendida como un derecho fundamental de los pueblos indígenas de ser consultados en la expedición de medidas (legislativas y administrativas), se buscó proteger su integridad cultural, social y económica, garantizando así el derecho a la participación y a la toma de decisiones sobre los asuntos que los involucren.

El valor más importante de este instrumento legal es que el Gobierno nacional y el movimiento indígena colombiano trabajaron unidos y lograron un pacto para salvaguardar y garantizar los derechos de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas, reconociendo su concepción ancestral, cosmogónica y contemporánea y, además, los impactos que sobre ellos ha tenido el conflicto armado.

Segundo, porque después de más de meses de esta consulta previa, en un proceso amplio y participativo, el 9 de diciembre de 2011 fue expedido el Decreto-Ley por medio del cual “se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”. Si bien es un Decreto-Ley, tiene la fuerza de una ley de la República, como la Ley 1448 o Ley de víctimas y restitución de tierras.

En este Decreto-Ley se definen cuáles son los derechos de las víctimas pertenecientes a los pueblos y las comunidades indígenas; cómo pueden acceder a una reparación integral; de qué forma se les deben garantizar sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación, la no repetición y a la restitución de sus derechos territoriales y cuáles son las responsabilidades de la nueva y la actual institucionalidad.

Esta norma parte de reconocer que el conflicto armado y otros factores asociados han tenido un impacto especial y diferencial en los pueblos y las comunidades indígenas,



que han sido víctimas de injusticias históricas y de graves daños y afectaciones territoriales y que se exige garantizar sus derechos ancestrales, sus derechos colectivos e individuales y, principalmente, sus derechos territoriales.

Asimismo, contiene disposiciones catalogadas como avances en la defensa de los pueblos y las comunidades, entre ellas las siguientes:

- El alcance del concepto de víctima. Es víctima el indígena y sus comunidades, pero se señala que para estas comunidades la tierra también es víctima, con lo cual se reconoce la diversidad y las relaciones entre los pueblos, su historia y el territorio.
- Además de las afectaciones individuales, se admite que los pueblos indígenas han sufrido daños de carácter colectivo y daños individuales con afectaciones colectivas, que requieren de medidas específicas para una reparación pertinente. De esta forma, se reconoce la protección, la restitución y la reparación integral de los derechos territoriales ante la especial relación colectiva y espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio por ser factor esencial para su equilibrio y armonía.
- Se reconoce el derecho de los pueblos y comunidades a la reparación de los daños ambientales y culturales.
- Se reconoce el concepto de ‘Sujeto Colectivo’ susceptible de ser reparado.
- La definición de la reparación tiene un alcance mayor que el contemplado en la Ley de víctimas ya que incluye el derecho a reparar el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos, lo cual se definirá en los Planes Integrales de Reparación Colectiva para Pueblos y Comunidades Indígenas.
- Se advierte –como lo señala también la Ley de víctimas 1448– que serán sujetos de reparación integral las víctimas por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985 y que las víctimas por hechos sucedidos antes de esa fecha serán sujetos de medidas de reparación simbólica.
- Se concede una gran importancia a las autoridades indígenas ya que con ellas se establece la coordinación para la implementación del Decreto-Ley.

Esta es, precisamente, una razón más para explicar la importancia del Decreto-Ley. Que su implementación y muchas de las medidas y las acciones que se realicen tendrán que ser el resultado de un proceso de concertación en la Mesa Permanente de Concertación y con otras instancias.

En este proceso se retomaron, articularon y respetaron los órganos de participación que hacen parte de las luchas que ha dado el movimiento indígena, como la Mesa y la Comisión Nacional de Territorios.

De esta forma, se les dio a los pueblos y las comunidades indígenas un reconocimiento político como actores clave en una democracia y, al mismo tiempo, se evidenció la importancia de la consolidación de los escenarios y las metodologías de concertación y consulta.



Fuentes:

Hechos de paz No. 65. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Año 8. Noviembre-Diciembre 2012.

Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Estudio realizado por Vemund Olsen. Human Rights Everywhere (HREV). Primera Edición, Octubre 2008.

Boletín del Consejo Mayor de Gobierno de la Autoridad Nacional Indígena –ONIC-. INIPU No. 24. Diciembre de 2010.



TALLER



1. ¿A qué se denomina Derecho Mayor en los pueblos indígenas?
 - a. Es un sistema de derechos constitucionalmente permitido que incluye sus propias leyes, formas de gobierno y sistemas de justicia.
 - b. Es el derecho que tienen los indígenas de transitar libremente por todo el territorio colombiano.
 - c. Es la forma en que los indígenas designan a sus adultos mayores
 - d. Ninguna de las anteriores

2. La Constitución de 1991 ratifica la normativa internacional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Entre las más representativas encontramos:
 - a. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
 - b. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
 - c. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - d. Todas las anteriores

3. ¿Por qué a los pueblos indígenas se les considera doblemente victimizados en el marco del conflicto armado colombiano?
 - a. Cargan la violencia histórica que desde la conquista han sufrido y actualmente son perseguidos por diversos grupos al margen de la Ley.
 - b. Porque ya no pueden llevar a cabo sus prácticas ancestrales en ningún lugar de Colombia.
 - c. Porque fueron totalmente exterminados
 - d. Ninguna de las anteriores

4. ¿A qué denominamos Consulta Previa?
 - a. A un mecanismo de permiso entre diferentes organizaciones indígenas para transitar por territorios de otras tribus.
 - b. Consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que el Gobierno apruebe cualquier proyecto que afecte su autonomía, integridad económica, social y cultural.
 - c. El permiso que deben conseguir los indígenas antes sus autoridades para salir del territorio.
 - d. Ninguna de las anteriores

5. Son derechos de los pueblos indígenas:

- a. A mantener y desarrollar su cosmovisión y costumbres
- b. A perpetuar sus creencias religiosas
- c. A mantener sus lenguas, organización socio-política y prácticas económicas
- d. Todas las anteriores

6. ¿Cuál es la mayor afectación que sufren los pueblos indígenas por causa del conflicto armado?

- a. El desplazamiento forzado
- b. Riesgo de extinción cultural
- c. Riesgo de exterminio físico
- d. Todas las anteriores

